

## GUARDA COMPARTILHADA

TATIANA MORATO LEITE\*

ORIENTADORA: PROF<sup>a</sup>. MS. MARIA ISABEL JESUS COSTA CANELLAS\*\*

### RESUMO

O presente trabalho trata da modalidade conjunta de guarda de filhos. Uma novidade que está aos poucos, sendo inserida em nosso País. Além do conceito do referido tema, trata ainda sucintamente dos aspectos jurídicos e se aprofunda um pouco mais nos aspectos psicológicos relacionados à criança, pois esta é a mais atingida em todo processo de separação dos pais. Na maioria dos casos, com a ruptura da vida conjugal, acaba se desfazendo também toda uma família, tendo como consequência o distanciamento da relação entre filho e o genitor não-guardião. A guarda compartilhada veio como solução para extinguir ou, pelo menos, minorar problemas como este e proporcionar a todos os membros de uma família de pais separados ou divorciados uma melhor qualidade de vida, embora de difícil prática no cotidiano familiar.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Separação judicial. Divórcio. Família Filhos.

---

\* Graduada pela Faculdade de Direito de Bauru - ITE.

\*\* Advogada civilista em Bauru. Mestre em Direito pelo Centro de Pós-Graduação da ITE. Professora da Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Pesquisadora-membro do Núcleo de Pesquisa Docente da Faculdade de Direito de Bauru/ITE.

## ABSTRACT

This is a research work about the parents' shared custody of children, a new form of custody of a child shared by divorced or separated parents who alternate physical custody of and share all decisions regarding to the child. Such a new practice has been introduced in our country. Besides this, the present study deals with the juridical aspects of the institute and it goes further, analyzing the children's psychological aspects because they are the most liable for consequential damages in every parents' separation process. In most cases with the broken married life an entire family also disintegrates. Consequently the relationship between the children or adolescents and the no-guardian parent becomes much more distant. The shared custody came as a way to solve problems like that and to provide for all the members of the family a better life quality, though difficult to practice in everyday life.

Keywords: Shared custody. Being in a state of separation. Divorce. Family. Children.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho<sup>1</sup> tem como objetivo demonstrar que ainda não foi expressamente prevista em lei a denominada guarda compartilhada, modalidade essa que, aos poucos, está ganhando espaço entre nós e encontrando adeptos na doutrina, centrados em buscar o significado do melhor interesse dos filhos e de cada um dos genitores separados ou divorciados. Diante de números cada vez maiores de separações, divórcios e dissolução de uniões estáveis, é preciso atentar para um caminho mais salutar em relação aos filhos havidos de relações que foram extintas. Isto porque, são justamente eles os mais atingidos com a nova situação de vida que está por vir.

O modelo tradicional de guarda, já não mais atende às necessidades dos filhos menores, causando muitas vezes o abandono e o afastamento daquele genitor não-guardião.

Quadros de desinteresses dos pais, até ao nível de abandono material, moral e afetivo, contribuem para a desestruturação no processo de formação da criança ou do adolescente.

Para atingir os objetivos propostos, o trabalho está estruturado da seguinte forma: uma síntese sobre poder familiar, a evolução da guarda no Brasil, partindo então para outras modalidades de guarda, incluindo a tradicional que, aqui no Brasil é a mais adotada. Atingindo-se, então, o ponto principal do trabalho, que é justamente o

---

1 Este artigo é apenas uma síntese da monografia de conclusão de curso com obtenção de louvor pela banca encarregada de análise da mesma, sob orientação da Professora Ms. Maria Isabel Jesus Costa Canellas.

conflito gerador da situação, ou seja, o desamor entre os progenitores. E, ainda, aspectos psicológicos da criança, a função do pai atualmente e a guarda compartilhada propriamente dita.

Com o escopo de despertar a importância da crítica, em nosso País, para a necessidade de um Direito Civil renovado, procura-se também expor os benefícios e os malefícios que a mesma traz consigo, não só pelo enfoque jurídico como também sob o aspecto emocional da criança.

A modalidade conjunta, como também é conhecida, é o modelo ideal para os nossos dias, e já vem sendo utilizada há algum tempo em outros países com resultados muito favoráveis.

Desde que seja empregada da forma correta, entre casais que apresentem estruturas psicológicas bastante sólidas, será a solução para o extermínio de traumas entre pais e filhos, após a dissolução do vínculo conjugal, sob todos os aspectos.

Por fim, o que se pretende demonstrar é a tendência para se fazer uma opção maior em relação a esse tipo de guarda, considerando ultrapassadas as outras existentes, fruto ainda de uma cultura impregnada de um estado de beligerância entre as pessoas envolvidas – nuclearizada em questões pessoais, culturais, religiosas e econômicas – com preterição à família, que fica relegada a um segundo ou terceiro plano, na vida em sociedade.

## **2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA E SUAS FORMAS DE PROTEÇÃO LEGAL**

### **2.1 REFLEXÃO SOBRE A FAMÍLIA, NATUREZA JURÍDICA E IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO**

Historicamente, a família passou por sérias mutações. Experimentou uma vasta opção em sua constituição, possibilitando diferentes modelos de organizações do grupo familiar.

O ser humano não nasceu para viver isolado, uma de suas características básicas é a vivência em grupo. A base principal de que uma pessoa necessita é a sua vida privada, no seio familiar.

Segundo Maria Luzia Clemente e Vilma Regina da Silva, pode-se afirmar que tais foram as mudanças:

Num estudo clássico sobre a família, temos na obra de Engels, 1884, cujo apoio obteve de L. Morgan que analisou os estágios básicos do desenvolvimento, abrangendo desde o período em que os seres humanos viviam em promiscuidade sexual, com uniões grupais até a família monogâmica.

O primeiro estágio é chamado selvagem, e corresponde ao período em que os homens habitavam os bosques, as árvores, se alimentavam de raízes, frutas, pesca e caça. Essa é a época em que começa o uso do fogo, da clava, da lança, do arco e da flecha.

No segundo estágio, chamado barbárie, introduz-se o uso da cerâmica, domesticação de animais, o cultivo das hortaliças e o emprego do tijolo cru e da pedra nas construções.

Inicia-se com a fundição do ferro, o estágio da civilização, passando à fase da escrita alfabética. Nesta fase, o homem continua aprendendo a elaborar os produtos naturais, surgindo a escrita alfabética e seu uso se generaliza.

Para Morgan, in Engels, foi na família que se iniciou a divisão social do trabalho, tendo sua estrutura determinada pelo desenvolvimento das forças produtivas.

Cada uma das fases por que passaram homens e mulheres serviu para evolução da organização familiar (CLEMENTE; SILVA, 2000, p. 117).

Foi na monogamia, que o homem, juntamente com o direito paterno, adquiriu plenos poderes perante os membros de sua família, dando início à família patriarcal.

Maria Luzia Clemente e Vilma Regina da Silva acrescentam que:

Nesse tipo de família, os casamentos eram realizados por conveniências entre as partes, prevalecendo a autoridade masculina na figura do “patriarca”.

Essa família apresenta uma solidez maior dos laços conjugais, que não podiam ser rompidos por vontade de qualquer das partes. Como regra, só o homem tinha esse direito.

No século XX, com o advento da urbanização, há o ingresso da mulher na força do trabalho, afastando-se a tradicional divisão sexual do trabalho.

Os casamentos começam a serem realizados por interesses individuais, notando-se mudanças consideráveis nessa família, com a maior igualdade entre os sexos. No entanto, continua a repressão à sexualidade feminina e reforça no homem a prática de sua sexualidade.

Portanto, embora atribuída à mulher maior participação social, percebe-se que nos papéis de gênero não houve alteração, prevalecendo a autonomia do homem e a submissão da mulher, vivendo uma educação voltada ao casamento (CLEMENTE; SILVA, 2000, p. 119).

Há, depois, o surgimento da família proletária que passou a habitar os subúrbios da cidade, buscando melhores condições de vida, provocando, assim, a quebra do vínculo com a comunidade de origem.

Dessa forma, conforme exposto acima, é possível observar as diversas fases pela qual a família passou, sendo um instituto completamente mutável. Com isso, hoje, temos a família moderna, denominada pela doutrina como “família nuclear”. Trata-se de uma organização que subsiste às mudanças históricas e políticas da humanidade, redesenhando seu contorno através dos tempos e persistindo na função de sua estrutura inabalável, responsável pela constituição do sujeito e pela transmissão da cultura.

Tivemos, no século passado, uma espécie de família, importada de outros povos e que entre nós sobreviveu por longos anos, até porque é decorrente de uma experiência empírica, a chamada família patriarcal, onde prevaleciam as ordens e obediências emanadas do chefe-de-família, pessoa em torno da qual ela gravitava, tal como ocorre no mundo oriental.

Por questões religiosas e até mesmo ideológicas, e a partir do instante em que a mulher libertou-se das amarras que a prendia desde a época medieval, explicável e justificável pela célere evolução industrial que foi acolhida pelo mundo ocidental, o pensamento também mudou.

Muito provavelmente foi neste caldo, que surgiu aquilo que hoje conhecemos, a chamada monoparentalidade. Bem diferente daquela que lhe antecedeu, ou seja, a patriarcal.

A monoparentalidade é resultado de uma modernização da instituição família, sem desnuclearizá-la.

Dito em outras palavras, o entendimento do que seja família, hoje, é bem mais amplo; aliás, é o que se vê da própria Constituição Federal, em seu artigo 226 e parágrafo 4º, dando ênfase à união de pessoas ligadas tanto pelo vínculo de consangüinidade como por afinidade, não implicando, necessariamente, o primeiro vínculo.

“Relação monoparental é a entidade familiar constituída por um ascendente e o seu descendente” (LISBOA, 2002, p. 153). Como exemplo, podemos citar: entre qualquer dos pais e seus filhos, entre um dos avós e seus netos ou entre um dos bisavós e seus bisnetos.

Existem também aquelas formadas por apenas três irmãos, entre primos ou entre tio ou tia e o sobrinho ou sobrinha.

Curiosa é lição de Roberto Senise Lisboa:

Também se configura possível, ante a realidade na qual a sociedade vive, o reconhecimento de relação familiar entre cônjuge viúvo e o parente ascendente ou descendente do outro. Exemplos: sogro ou sogra e genro ou nora, e padrasto ou madrasta e enteado ou enteada (LISBOA, 2002, p. 156).

Nos dizeres de Karen R. P. Nioac de Salles,

Ante o crescimento das formas de conjugalidade, é extremamente difícil enumerar os atuais e futuros tipos de lares monoparentais. Assim, conclui-se que não se deve avaliar o fenômeno da monoparentalidade já que o mesmo é criado por inúmeras situações, sempre atípicas, que não possuem precisa identificação e, muito menos, previsão legal codificadas (SALLES, 2002, p. 82).

## 2.2 PODER FAMILIAR

### 2.2.1 Noções introdutórias

A denominação “poder familiar” trata do instituto que, no anterior Código de 1916, vinha com a nomenclatura de “pátrio poder”. Isto porque, antigamente, só o pai, ou seja, *pater* o exercia, possuindo domínio total sobre a família e o patrimônio da mesma. O regime era o patriarcal onde o *pater familias* era a autoridade plena. O Direito Romano exerceu uma grande influência no Direito de Família.

Dessa forma, como preleciona Ana Maria Milano Silva,

Em assim sendo, o Pátrio Poder era exercido somente pelo pai (como bem diz o nome) e significava um poder idêntico ao da propriedade, que incluía a esposa, os filhos, os escravos e os assemelhados.

Era um poder absoluto, sem limites e sem fim. O pai possuía o direito de expor ou matar o filho, vendê-lo ou entregá-lo à vítima de dano causado por seu dependente. Quanto ao direito de vida e morte esse só poderia ser exercido mediante consulta aos membros da família mais próxima.

A mulher, também considerada como propriedade do homem, era literalmente usada para gerar filhos e suprir as necessidades biológicas masculinas, podendo para tanto ser capturada, comprada, trocada ou recebida como uma recompensa. Por muitos séculos foi tida como reserva do homem (SILVA, 2005, p. 18-19).

O Cristianismo exerceu grande influência para a mudança de pensamento em todo o exposto acima, pois, com ele, iniciou-se o reconhecimento da igualdade entre os cônjuges e, além disso, a pregar como uma obrigação, um dever dos pais, os cuida-

dos em geral de seus filhos. As legislações foram acompanhando tais mudanças, e a figura da mãe foi cada vez mais se igualando.

Lentamente, vai desaparecendo a família patriarcal dando lugar à família nuclear, tendo como base a igualdade e o companheirismo.

Desse modo, o antigo Código Civil, em seu artigo 380, estatuiu que, durante o casamento, competia o pátrio poder aos pais, exercitado pelo marido com colaboração da mulher.

Mas, foi em 27 de agosto de 1942, com a Lei nº 4.121 - Estatuto da Mulher Casada - que conferiu à mãe a posição de colaboradora do marido no exercício do pátrio poder.

A Lei nº 6.515/77, em seu artigo 27, também indica como titulares dos encargos parentais o pai e a mãe. Em consonância, a Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - em seu artigo 21, reza pela igualdade de condições de pai e mãe no que tange ao exercício do pátrio poder.

E, por último, não menos importante, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo quinto, pôs fim à discussão e, expressamente, estabeleceu a igualdade de condições entre o homem e a mulher no que se refere aos direitos e deveres da sociedade conjugal.

Essa evolução de conceitos se deu de forma gradativa e no sentido da mudança de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação à prole, como pessoas providas de dignidade, no melhor interesse tanto dos filhos quanto da convivência familiar.

Há uma crítica de alguns doutrinadores e estudiosos do Direito, afirmando que a atual nomenclatura ainda não é a mais adequada, porque reflete a expressão “poder” e que o ideal seria autoridade parental.

Eduardo de Oliveira Leite destaca:

O “poder parental” (e não “familiar” como, equivocadamente, consta no Código civil de 2002) é a expressão que revela com intensidade esta nova ordem de valores que passa a invadir o ambiente familiar. Poder parental, dos pais, e não mais pátrio poder que, inevitavelmente, sugeria o conjunto de prerrogativas conferidas ao pai (pater), na qualidade de chefe da sociedade conjugal (LEITE, 2005, p. 277).

Preciosa é a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo:

Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de

certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribuiu, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do múnus não é livre, mas necessário no interesse de outrem. (LÔBO, 2001, p. 144).

Destarte, conclui-se pela evolução descrita do pátrio poder, que o poder familiar traz hoje o amplo significado de igualdade entre os pais, devendo ambos, assumirem todos os direitos e obrigações em relação a seus filhos.

### 2.2.2 Conceito de Poder Familiar

Os doutrinadores conceituam o poder familiar de diversas maneira, porém, todas as explicações no mesmo sentido. Vejamos algumas delas.

Para o renomado Silvio Rodrigues, a definição é:

O pátrio poder é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.

O fato de a lei impor deveres aos pais, com o fim de proteger os filhos, realça o caráter de múnus público do pátrio poder. E o torna irrenunciável. (RODRIGUES, 2002, p. 398).

Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores (GONÇALVES, 2005, p. 357).

Roberto Senise Lisboa:

Poder familiar é, ao mesmo tempo, uma autorização e um dever legal para que uma pessoa exerça as atividades de administração dos bens e de asseguramento do desenvolvimento dos direitos biopsíquicos do filho incapaz, pouco importando a origem da filiação.

Revela-se um autêntico múnus legal, pois o poder familiar importa não apenas em direitos sobre a pessoa do incapaz e os seus bens, como também em deveres pessoais e patrimoniais sobre o filho (LISBOA, 2002, p. 158).

### 2.2.3 Direitos e deveres decorrentes do Poder Familiar

Como preleciona Ana M. Milano Silva,

O poder familiar é imposto aos pais pelo Estado que é o fiscalizador do exercício legal do mesmo. Essa competência do Estado é direcionada para fiscalizar e



controlar as relações entre os sujeitos Pai/Filhos para que os direitos e deveres sejam cumpridos com o respeito devido à lei e nos limites por ela permitidos (SILVA, 2005, p. 28).

O artigo 1.634 do Código Civil de 2002 traz, expressamente, o elenco dos direitos e deveres dos pais no que tange aos filhos menores, como, por exemplo: dar educação e criação, competindo aos pais torná-los pessoas de caráter, sob o ponto de vista moral. Outro ponto importante é ao qual se refere o inciso II do mencionado artigo quando preleciona: “tê-los em sua companhia e guarda”. A respeito deste inciso, importante é a lição de Ana M. Milano Silva:

O direito em ter os filhos sob sua companhia e guarda é tanto do pai quanto da mãe e, assim é que mesmo separados de fato, nenhum deles pode reclamar o exercício desse direito, invocando preferência. A guarda dos filhos não constitui, por si só o exercício do poder familiar, sendo um de seus atributos e, desse modo, embora designado judicialmente um dos cônjuges para ter o filho sob sua guarda, como na separação e divórcio, isso não implica a exoneração do outro quanto aos deveres do poder familiar, principalmente a criação e educação (SILVA, 2005, p. 29).

Há outros direitos e deveres devidamente arrolados no citado artigo.

## 2.2.4 Poder Familiar e Guarda

Diante de todo o exposto, está claro afirmar que o poder familiar é mais uma obrigação dos pais em relação a seus filhos do que um direito propriamente dito. Na verdade, o direito, em si, seria da prole, de receber todo cuidado, atenção e zelo de seus genitores. Direito esse, que é supervisionado pelo Estado, tendo amparo legal.

“O Poder Familiar resulta de uma necessidade natural” (SILVA, 2005, p. 38).

Ocorre que, quando há a ruptura do vínculo conjugal, conseqüentemente o poder familiar é afetado também. Isto se dá porque a cisão da guarda resultará na maior convivência do filho com apenas um dos genitores, enfraquecendo os direitos do genitor que não é o guardião.

Grandiosa é a lição de Eduardo de Oliveira Leite ao afirmar que:

Dúvida não há, de que os pais, os dois genitores permanecem titulares da autoridade parental em relação a seus filhos e independente do rumo que tomar seu casamento. A ruptura do casal, não tem o condão de provocar a ruptura dos laços

jurídicos e afetivos da filiação, que persistem imutáveis, independentemente dos acontecimentos (LEITE, 2004, p. 167).

Importante ressaltar que, no caso descrito, não há a perda da guarda por um dos genitores, já que ela é um desdobramento do poder familiar; o que ocorre é que seu exercício ficará comprometido a um dos pais.

Como ressaltava Ana Maria Milano Silva,

No sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.

A guarda é inerente ao poder familiar, compartilhado por ambos os genitores enquanto conviventes. Numa separação, quem perde a guarda não perde o poder familiar, mas seu exercício efetivo, na prática, é do genitor-guardião. O do outro fica restrito, embora se repita, conserva todas as faculdades que decorrem do poder familiar, conforme o artigo 1632 do atual CC, bem como o artigo 21 do ECA, mesmo quando transferida a terceiros, pois com os pais subsistem certas atribuições, como fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos e a prestação de alimentos, que só desaparecem com a privação do poder familiar por determinação do juiz (SILVA, 2005, p.43-44).

Dessa forma, a guarda é um atributo do poder familiar e, tendo a opção de separar-se do mesmo, não se extingue e nem se confunde com ele.

Apesar de ser comum a acumulação da guarda e do poder familiar nas mesmas pessoas, é possível sua separação.

Devido a isso, uma pessoa pode deter a guarda sem ser titular do poder familiar, como o contrário também é permitido.

A guarda é composta de dois aspectos: um material (coabitação) e o outro jurídico (exercício dos poderes-deveres). Esta última deveria continuar a ser plenamente exercida pelo genitor que não detém a guarda, como decorrência do poder familiar. Porém, ela só ocorre a distância, através de fiscalização posterior, e não mediante uma decisão em conjunto de ambos os pais.

Como corolário lógico, o genitor que detém a guarda material acaba por exercer tanto essa como a outra (a jurídica), usufruindo, por inteiro, do poder familiar.

Devido a essa desigualdade causada na guarda tradicional (ou única), é de suma importância o estudo da guarda compartilhada, onde ambos os pais exercerão simultaneamente todos os seus deveres e obrigações em relação à prole.

Importantíssima é a lição de Gustavo Tepedino:

Em segundo lugar, ao contrário de ordenamentos da família romano-germânica, em que, com a separação judicial ou o divórcio, o exercício da autoridade parental pode ser atribuído pelo juiz exclusivamente ao titular da guarda, no sistema brasileiro a dissolução da sociedade conjugal em nada altera as responsabilidades dos pais pelo exercício do chamado poder familiar (g.n.) (TEPEDI-NO, 2004, p. 314).

### 3 VISÃO SOBRE A GUARDA E DIREITO COMPARADO

#### 3.1 A GUARDA E SUA EVOLUÇÃO

Várias foram as evoluções e aprimoramentos no sentido de harmonizar a convivência dos pais separados com os filhos.

Fez surgir, até mesmo, do empirismo, o germen da guarda compartilhada, tal como hoje se conhece no Direito comparado.

A própria sociedade passou por várias transformações, não só ela como também o núcleo familiar; afinal, a lei nada mais é do que um reflexo dos costumes.

Assim, a questão da guarda modificou-se bastante. Inicialmente, competia ao pai o exercício dela com o caráter quase que exclusivo, fruto de uma cultura e de uma época. E assim o era porque, entendimento predominava no sentido de que somente o varão encontrava-se apto para fornecer amparo psicológico, material e alimentar.

Com o advento da Revolução Industrial e das consequências dela resultante, fizeram com que o pai fosse obrigado a permanecer por longo período fora do lar.

Nasceu daí a idéia de que a mulher deveria suprir-lhe a falta dedicando-se integralmente ao lar e, de consequente, na criação, formação e educação dos filhos. Em razão e por causa disso, surgiu o importante papel da mulher no seio familiar, nomeadamente no que diz respeito ao relacionamento e convivência com a prole.

Predica Maria Antonieta Pisano Motta, em um caderno de estudo, “Direito de Família e Ciências Humanas”:

Essa doutrina, em muito apoiada pela Psicanálise, que em suas várias vertentes colocava a importância máxima e quase exclusiva do convívio entre mãe e filhos, transformou-se em base legal para a assunção da mãe como detentora preferencial da guarda dos filhos (MOTTA, 2000, p. 81).

Portanto, percebe-se a modificação do instituto que, primeiramente, era exercido unilateralmente pelo pai, e à mãe em segundo plano.

Tendo em vista que hoje a mulher exerce qualquer atividade profissional em igualdade de condições com o homem, este, agora, superadas todas aquelas fases em que o trabalho externo lhe pertencia, reclama, com razão, sua participação mais efetiva no cotidiano dos filhos.

Em decorrência do que acima foi exposto, a mulher é que passou a exercer, com exclusividade, a guarda e proteção dos filhos, e agora, em tempos outros o que se pretende é que este exercício seja compartilhado por ambos, na medida do possível, em igualdade de condições.

Logo, a guarda compartilhada surgiu como uma forma de se adequar a novas situações, propondo a participação de ambos os pais no exercício do poder familiar.

### **3.2 CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA: NOVOS HORIZONTES**

A partir da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, realizada em 1989, o tema sob epígrafe focou o relacionamento bem próximo dos pais com os filhos, passando a ser um direito reconhecido.

Ressalta sobre o assunto Waldyr Grisard:

Inspirada na Declaração de Genebra de 1924, a Assembléia Geral da ONU adotou, em 20.11.59, a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Exatos trinta anos depois, em 20.11.89, um grupo de trabalho da Comissão de Direitos Humanos da ONU preparou o texto do documento que se conhece hoje por Convenção sobre os Direitos da Criança, que entrou em vigor internacional em 02.09.90.

Pelo Decreto Legislativo 28, de 14.09.90, o Congresso Nacional aprovou a Convenção, tendo o Governo brasileiro ratificado seu texto em 24.09.90, que entrou em vigor para o Brasil em 23.10.90. O Dec. 99.710, de 21.11.90, promulgou a Convenção e o Brasil, assim, insere-se dentre os povos das Nações Unidas que reconhecem primordial o interesse maior da criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade (GRISARD FILHO, 2002, p.117/118).

A nossa Carta Magna, de 1988, em seu artigo 227, aderiu de modo implícito ao princípio do melhor interesse da criança.

Antes de sua inserção na Constituição, ele já era cogitado, e alguns magistrados em suas sentenças chegavam até mesmo a mencioná-lo.

Porém, nada se compara nos dias atuais a força que este princípio ganhou, principalmente quando o assunto é guarda de filhos.

Hoje, o que prevalece é o melhor interesse da criança, e nada mais. Mesmo em casos em que há culpa na separação por parte de um dos cônjuges, se ficar comprovado que aquele que deu causa é quem tem melhores condições de criar, educar e dar amor, a este pertencerá a guarda.

Isso significa uma grande evolução no direito. Graças à sobredita Convenção, há uma expansão de valores, parâmetros, e modernização no aspecto da guarda, onde se coloca a felicidade do menor como bem supremo assunto que, até então, não era alvo de grande preocupação entre doutrinadores, juristas e estudiosos do direito.

Como resultado, surge a idéia de que a obrigação de criar e educar decorre não do casamento, mas da filiação estabelecida.

É a lição de Leila Maria Torracca de Brito, em “Família e Cidadania”:

Assim, a partir da década de 1990, em decorrência da citada Convenção, observa-se uma grande mudança na concepção sobre guarda: passa-se a compreender que a criança pode e deve conviver com o pai e a mãe, mesmo que estes não formem mais um casal. Conseqüentemente, a legislação de diversos países foi alterada, tornando o exercício unilateral da guarda uma exceção. (BRITO, 2002, p. 444).

A mencionada Convenção é forte aliada da guarda compartilhada, pois prova o quanto é importante a presença de ambos os pais na vida dos filhos.

### 3.3 A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA EM OUTROS PAÍSES

É sempre bom citarmos exemplos de outros países que seguem tal modalidade, para mostrar que, apesar de ser um instituto novo para os brasileiros, para outros povos já está bem difundido.

Ana Maria Milano Silva explica:

Apesar de ser significativo apresentarmos um apanhado sobre a efetiva aplicação da guarda compartilhada em outros países, é importante constar que as experiências vivenciadas na realidade familiar são diversas de país a país, no tocante aos costumes e práticas.

Sofrem elas influências de vários fatores, como grau de desenvolvimento cultural, formação e características particulares de cada povo. Todavia, como vivemos na era da globalização, os exemplos bem sucedidos tendem a ser copiados em todas as esferas da vida, especialmente na social e familiar, acompanhando o próprio desenvolvimento cultural dos povos e conduzindo os vários segmentos da sociedade a lutar por novos rumos e, principalmente, no tema que escolhemos para discorrer, a faculdade de poder escolher dentre novos modelos, aquele que melhor se adapte ao sucesso do processo formativo da personalidade da criança (SILVA, 2005, p. 86).

### 3.3.1 Guarda Compartilhada na França

A noção de guarda compartilhada é difundida, na França, desde 1976, com o objetivo de reduzir as injustiças que a guarda unilateral causava.

Como preleciona Grisard,

A jurisprudência que se formou favoravelmente à guarda compartilhada resultou na Lei 87.570, de 22.07.87, denominada comumente lei Malhuret, Secretário de Estado dos Direitos Humanos, que modificou os textos do Código Civil francês a respeito do exercício da autoridade parental, harmonizando-o com a torrentosa Jurisprudência existente (GRISARD FILHO, 2002, p. 124).

Portanto, foi na França que surgiu a primeira lei sobre guarda compartilhada, que integrou o Código Civil francês com a jurisprudência existente àquela época.

Assim, se o casal se separa, o exercício da guarda tanto pode ser unilateral, sendo o outro mero visitante, ou compartilhada. No que se refere a essa última, a nova lei veio fazer da guarda compartilhada algo perfeitamente legal.

### 3.3.2 Guarda Compartilhada nos Estados Unidos

O Direito americano não fez diferente e logo aderiu a essa nova tendência.

Dados mostram que os pais são favoráveis a ela pelos benefícios que trazem para os filhos como: adaptação, melhor desenvolvimento emocional, entre outros.

Como cada Estado é responsável pela sua própria legislação, surge um problema de aplicação uniforme, desta forma, para evitar problemas de competência entre os tribunais de cada Estado, almeja-se uniformizar a legislação a respeito.

Como assegura Waldyr G.,

Presentemente, é política pública dos Estados assegurar ao menor contato freqüente e continuado com ambos os pais depois que se separam ou divorciam, incentivando o compartilhamento dos direitos e das responsabilidades. Haverá sempre uma forte presunção natural de que a guarda compartilhada está nos melhores interesses da criança. Hoje, a legislação de cerca de 45 Estados autoriza a guarda compartilhada e em apenas 7 não é especificamente autorizada. Em outros 12 é presumida e em outros 8 a presunção se dá por acordo de ambos os pais. Com a lei uniforme procura-se evitar os conflitos de competência entre os Estados e promover a cooperação entre os respectivos Tribunais, intervindo o que esteja em melhores condições de decidir sobre a questão da guarda, tomando em consideração, em primeiro lugar, o interesse da criança. Com isso, fica garantida a estabilidade do regime adotado e facilitado o cumprimento da sentença (GRISARD FILHO, 2002, p. 127).

Nos Estados Unidos da América do Norte, a guarda compartilhada é bastante discutida e estudada, além de ser uma das modalidades de guarda que mais está em expansão.

### 3.3.3 Guarda Compartilhada no Canadá

No Canadá, a guarda compartilhada só é deferida quando os pais optam por ela. Porém, os magistrados sempre dão a opinião de que ela é a mais favorável.

Como preleciona Ana Maria Milano,

A seção 16 da lei de divórcio canadense diz que o tribunal deve garantir à criança o contato constante com cada pai, na medida de seus interesses. Os tribunais canadenses baseiam a limitação da aplicação da guarda conjunta apenas em casos de pedido conjunto das partes, na argumentação de que não se pode compelir um pai a cooperar em uma guarda compartilhada quando ele não a deseja, sob o risco de não se atingir o objetivo (SILVA, 2005, p. 99-100).

Precioso é o ensinamento de Waldyr G.:

No Canadá, a formulação típica da guarda, após o divórcio, é a *sole custody* a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visita. A guarda compartilhada só se confere quando os pais manifestam opção por ela, através de acordo para melhor atender os interesses seus e dos filhos (GRISARD FILHO, 2002, p. 128-129).

E, mais adiante, continua:

Qualquer Corte ao decidir sobre guarda indagará acerca dos melhores interesses da criança. O juiz considerará muitos fatores relativos ao bem-estar físico e emocional do menor e as condições de cada um dos pais para encontrar as verdadeiras necessidades do menor. O meio econômico não é o fator decisivo. Se a criança tem mais de doze anos, o juiz considerará também a sua vontade, que não tem, entretanto, o direito de fazer a decisão por si mesmo (GRISARD FILHO, 2002, p.129)

### 3.3.4 Guarda Compartilhada em Portugal

Por sua vez, Portugal batizou a guarda compartilhada como “guarda conjunta”. Os tribunais portugueses já a admitiam, antes de haver qualquer regulamentação.

É preciosa a informação de Ana Maria Milano:

Na maior parte dos casos (em mais de 86%) os filhos foram confiados à mãe, apesar da lei portuguesa prever a possibilidade da guarda conjunta das crianças pelos dois pais, esta oportunidade foi muito raramente aplicada, o que significa que os juízes portugueses preferem confiar os filhos às mães. De fato, devido a esta situação em Portugal, depois da separação ou divórcio o pai é frequentemente afastado de uma efetiva participação nas necessidades físicas, emocionais e educacionais dos seus filhos (SILVA, 2005, p. 96).

O Código Civil de Portugal, de 1966, no que tange ao direito de família, era resultado de uma visão conservadora e fechada da sociedade; possuía uma idéia patriarcal sobre família.

A lei não estipulava qualquer solução no que tange ao poder paternal (como lá é denominado) após separação ou divórcio. Apenas o que se mencionava era que, na ocorrência de uma das situações ditas acima, o poder paternal era exercido pelos pais; porém, regulado por acordo dos mesmos, ou, não havendo consenso, pelo Tribunal de Menores.

Preciosa é a lição de Maria Clara Sottomayor:

A doutrina entendia que, nos casos de divórcio ou de separação, à mãe pertencia a função educativa, exercendo o pai, por força da tradição, o poder-dever de representação ou, uma vez que a unidade familiar estava destruída pela separação ou pelo divórcio, o pai deixava de ser o chefe da família e a mãe exercia integralmente o poder paternal, sendo esta a solução mais con-



sentânea com o princípio da igualdade e com o interesse da criança (SOTTOMAYOR, 2001, p. 53-54).

E mais a frente continua:

Apesar de a guarda conjunta ter sido considerada pelo legislador de 1977, ela foi rejeitada, pois, até então, como resultado das estruturas familiares tradicionais, o divórcio era um acontecimento raro e conflituoso, sendo a percentagem de divórcios litigiosos superior à dos divórcios por mútuo consentimento, o que fazia supor a dificuldade de entre ex-cônjuges se estabelecer uma relação amigável que permitisse o exercício conjunto do poder paternal (SOTTOMAYOR, 2001, p. 53-54).

Apesar do exposto acima, a ausência de uma disposição legal consagrando o exercício conjunto do poder paternal, não foi suficiente para que a jurisprudência homologasse, apenas em alguns casos, o exercício conjunto do poder parental. Sempre dando ênfase ao interesse da criança.

Em 31 de agosto de 1995, a Lei nº 84/95, modificou o Código Civil no que diz respeito ao exercício do poder parental com o divórcio. Assim, ao invés do exercício conjunto do poder paternal, há ainda a permissão de que determinados assuntos sejam solucionados pelo acordo dos genitores.

“Essa lei foi o resultado de uma proposta preparada pela Associação de Mulheres Juristas e por uma instituição de apoio à criança (Pai-Mãe-Criança) e apresentada no Parlamento pelo Partido Socialista” (SOTTOMAYOR, 2001, p. 55).

Em Portugal, o escopo para a introdução da guarda conjunta foi o interesse do menor, levando-se em consideração todas as suas necessidades. Com isto, tornariam também o divórcio algo menos traumático tanto para os pais, quanto para os filhos. Além disso, verificou-se também, que após a ruptura da sociedade conjugal, era a mulher que arcava com todos os aspectos da vida do filho.

É nítido que apenas alguns grupos estariam preparados para o compartilhamento do poder paternal, geralmente, aqueles mais instruídos, em desfavor aos de menor educação.

Desta forma, ensina Maria Clara Sottomayor:

Após um breve debate, o texto final da lei foi aprovado por unanimidade. O projecto inicial sofreu duas alterações significativas. A primeira foi a exigência de acordo dos pais para o exercício conjunto do poder paternal, pois, este ponto não era claramente requerido no projecto. A segunda foi a rejeição da

possibilidade de residência alternada da criança com ambos os pais, reconhecida no projecto originário.

(...) O terceiro passo desta evolução da lei relativa ao exercício do poder paternal no período pós-divórcio foi dado por uma associação de pais (Pais para Sempre) que surgiu em 1998 e preparou um projecto, segundo a qual o exercício conjunto do poder paternal se transformaria no princípio-regra, constituindo o exercício unilateral do poder parental uma solução excepcional adotada apenas mediante a prova de que o exercício conjunto do poder paternal representa uma solução contrária ao interesse da criança (SOTTOMAYOR, 2001, p. 57).

Ana Maria Milano Silva dá a seguinte informação a respeito do que foi dito logo acima:

Em Portugal, há a “Associação Pais Para Sempre”, uma instituição particular de solidariedade social, com sede em Lisboa, que tem como objetivo assegurar às crianças e aos pais a regularidade, o significado e a continuidade dos contatos dos filhos com seus dois pais e com o restante da família (SILVA, 2005, p. 96).

Outra questão que deve aqui ser tratada é da violência doméstica, tema este debatido em Portugal.

Com tal assunto, provou-se que foi errado achar-se que o projeto partiu do pressuposto de ex-cônjuges que possuem relações amigáveis, muito ao contrário; nestes casos, nem há de se cogitar da intervenção de uma lei. Deste modo, a sobredita lei dirigiu-se à população que luta nos tribunais pela guarda dos filhos e pelo direito de visita, o objetivo foi de dirimir os conflitos.

“Foi no ano de 1999 que o Código Civil de Portugal recebeu a emenda que privilegiou a guarda compartilhada, elevando-a à categoria de lei, para permitir a consecução dos direitos de pais e filhos à convivência mútua depois do divórcio ou separação” (SILVA, 2005, p. 97)

### 3.3.5 Guarda Compartilhada na Argentina

Na Argentina, foi adotado também o exercício conjunto, igualmente entre pai e mãe, podendo ser casados ou não.

“Também condiciona esse exercício ao melhor interesse do menor, devendo o juiz analisar, sob esse ângulo, qualquer conflito que seja levado à sua decisão” (SILVA, 2005, p. 99)

Cabe aqui diferenciarmos os tipos de guarda para que não haja entraves entre a guarda compartilhada e as demais espécies. Sendo que cada uma comporta um significado diferente.

## 4. MODALIDADES DE GUARDA

### 4.1 GUARDA ALTERNADA

Quanto à guarda alternada, assim pode ser seu conceito:

Neste modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais. Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio de “continuidade”, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança (GRISARD, 2002, p. 79).

Assim, nessa modalidade, um dos genitores fica com o filho por um tempo estabelecido de forma exclusiva, exercendo a totalidade dos poderes-deveres que compõem o poder familiar. Após o término de tal período, os papéis se invertem, e quem exercia a guarda física naquele período passa a exercer o direito de visitas.

A criança ou adolescente não possui uma residência fixa tendo que se deslocar sempre que acaba o período estabelecido.

Importante destacar uma diferença essencial entre a guarda compartilhada e a alternada. Na primeira, o menor possui uma residência fixa, o que se dividem são os direitos e deveres entre os pais; na segunda, o menor possui uma alternância de residências dos pais por certos períodos.

E ainda sobre a guarda alternada, podemos acrescentar que é um modo que não respeita o princípio da continuidade, algo essencial na vida de uma criança ou adolescente.

Em nosso ordenamento, ela não foi adotada; em seu lugar, há o chamado direito de visita.

### 4.2 GUARDA DIVIDIDA

Na guarda dividida, o menor vive em um lar fixo e determinado, e recebe a visita periódica do genitor que não possui a guarda. Esta modalidade é também conhecida como guarda tradicional ou unilateral.

Importante é a lição de Waldir Grisard:

(...) A ausência sistemática do filho pela periodicidade forçada desestimulou o exercício da guarda, levando os pais, que se viram negligenciados pela sociedade, a se afastarem do convívio com os filhos.

As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas. São os próprios pais, hoje que contestam esse modelo e procuram novos meios de garantir uma participação maior e mais comprometida na vida de seus filhos depois de finda a sociedade conjugal (GRISARD, 2002, p. 112).

Nesta modalidade, há o direito de visita, figura essa que gera constantemente conflito entre os pais e, por consequência, o afastamento do pai ou mãe não-guardião.

Tal modelo não leva em consideração o melhor interesse dos filhos, princípio este de suma importância e relevância em uma situação de término de laços familiares. Na guarda unilateral, prevalece o interesse dos pais em conflito, e impõe uma barreira ao filho que tem direito ao livre acesso não só aos pais, mas também à convivência familiar.

O direito de visita é algo onde ainda paira certa penumbra, pois quando não exercido pelo genitor não-guardião, pode causar sérios danos ao visitado, muitas vezes possibilitando até indenizações. Isto porque, no nosso ordenamento jurídico, não há penas aplicáveis aos genitores que descumprem os termos impostos ao direito de visitas.

É o caso do aresto abaixo:

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana (Apelação cível nº 408.550-5 – 01.04.2004).

Tudo isso, muitas vezes se dá, justamente pelo abismo que permanece entre um pai ou uma mãe e seu filho quando há uma dissolução familiar e, então, começam a existir dias e horas determinados para que se possa realizar o mínimo contato com seu filho.

Quanto à atribuição da guarda unilateral, ela poderá ser feita de duas formas: através de uma decisão judicial ou por acordo entre os genitores.

Na maioria das vezes, a guarda unilateral é atribuída à mãe, sobrando para o pai que não é o guardião, o direito de visitas e vigilância, que não pode transformar-se em um direito de interferências.

Como preleciona Claudete Carvalho Canezin, RBDF nº 28,

Nesse modelo, não se exige sequer que o guardião consulte o outro (pai ou mãe) não-guardião sobre as decisões importantes a tomar relativamente ao menor. O não-guardião não pode, nem direta e nem indiretamente, participar da educação dos filhos, nem goza de um direito a ser ouvido pelo seu ex-cônjuge em relação às questões importantes da educação do menor (CANEZIN, 2005, p.15).

E continua: “Na guarda unilateral, não há contato contínuo com o não-guardião, o que, conseqüentemente, afasta o filho do pai não-guardião” (Canezin, 2005, p. 15)

Eduardo Oliveira Leite, com sua brilhante lição,

A guarda dividida - se impôs como o recurso de exercício da autoridade parental mais propício à criança, já que ela viverá nem “lar” determinado e usufruirá a presença do outro genitor - a quem não foi atribuída a guarda - através do direito de visita. Entretanto, a tendência dos Tribunais no sentido de atribuir, sistematicamente, à mãe o exercício da guarda, reservando ao pai, apenas o direito de visita gerou distorções no sistema que elevaram os juristas à procura de um meio mais justo de atribuição de guarda (Eduardo O. Leite, 2004, p.234).

#### 4.3 ANINHAMENTO OU NIDAÇÃO

Neste modo de guarda, há uma curiosidade; aqui, quem tem alternância de domicílio são os pais. Isso importa dizer que a criança ou adolescente possui um lar fixo, cabendo a um dos genitores, por tempos alternados a mudança para a casa onde o menor se encontra, para fins de convivência com o filho.

“O aninhamento ou nidação é um tipo de guarda raro, no qual os pais se revezam, mudando para a casa onde vivem as crianças, em períodos alternados de tempo. Parece ser uma situação irreal, por isso pouco utilizada” (Ana M. Silva, 2005).

Ainda ressalta Waldyr Grisard:

Tais acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõem à sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para a mãe e outra mais

onde o filho recepciona, alternadamente, os pais de tempos em tempos (GRISARD, 2002, p.79).

Estas outras formas de guardas, que não a compartilhada, recebem severas críticas quer de psicólogos, assistentes sociais ou até mesmo de profissionais do direito. Tudo isso porque com tais espécies, o menor ou adolescente não cria um vínculo ou até mesmo residência fixa (em se tratando da modalidade alternada), prejudicando seriamente o seu desenvolvimento. É fundamental para o menor ter seu espaço certo, seu limite, seus amigos. Criar uma rotina, uma história, pois isso é de suma importância para o seu amadurecimento.

Tanto a guarda alternada como a dividida acredita-se ser prejudicial ao menor ou adolescente, isso porque há uma quebra constante nas relações e no ambiente afetivo, pois ocorrem muitas aproximações e separações, gerando, como corolário lógico, uma imensa instabilidade emocional e psíquica no filho.

#### 4.4 GUARDA COMPARTILHADA: EXERCÍCIO CONJUNTO OU INDISTINTO

A guarda compartilhada é uma modalidade que permite ao filho o direito de conviver com ambos os pais mesmo após a separação do casal. Esse é um caminho que se mostra no mundo ocidental. Aqui, há uma igualdade de direitos e deveres entre pai e mãe.

Desse modo, nenhum dos genitores fica com mais ou menos responsabilidades, elas se igualam, permitindo, assim, menos conflitos entre ambos.

Destarte, conclui-se que um dos pais ficará com a guarda material ou física do filho, mas os dois terão os mesmos direitos e deveres em relação ao mesmo; portanto, ambos exercem o poder familiar (artigo 21, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Tal guarda é recente em nosso meio, e ainda alguns juristas se mostram resistentes a esta modalidade.

Ana Maria Milano Silva discorre com muita propriedade a respeito:

A noção de guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse para privilegiar a criança, no meio de uma sociedade que agora mostra tendência igualitária (SILVA, 2005, p. 65).

Na guarda compartilhada, a posição de um dos genitores, em relação ao filho, altera-se, deixando de ser visitante e voltando a ser um pai (ou mãe) presente.

Indiscutível é a lição de Karen de Salles:

O funcionamento da guarda conjunta, porém, de fato dependerá da boa vontade do genitor a quem o filho foi confiado, visto que tal modalidade de guarda só é cabível em hipótese de total acordo sobre todas as questões relativas à prole (SALLES, 2002, p. 84).

Segundo Claudete Carvalho Canezin, a guarda compartilhada teve sua origem na Inglaterra, e com o passar do tempo proliferou em vários países, notadamente na América do Norte, onde ela se tornou uma escolha dos próprios pais (CANEZIN, 2005, p. 12).

Sua lição continua:

Portanto, a guarda compartilhada pode ser determinada pelo magistrado, se os autos revelarem que é modalidade que melhor atende aos interesses do menor, porque a guarda compartilhada ajusta-se perfeitamente ao texto constitucional, que determina a igualdade dos pais no exercício do poder familiar e coloca o interesse da criança como prevalente ao dos pais... (CANEZIN, 2005, p. 18).

Percebe-se aqui neste instituto o quanto deve prevalecer o interesse do menor. E o que se deve entender por isso?

Segundo Silvio Neves Baptista, o entendimento seria este: “O que de fato interessa ao menor é boa formação moral, social e psicológica; a busca da saúde mental ou a preservação da sua estrutura emocional” (BAPTISTA, 2000, p. 290).

Não podemos deixar de citar também a opinião de Leila Maria Torra De Brito:

A alegação de que no nosso país o poder familiar pertence tanto ao pai quanto à mãe, responsáveis por seus rebentos, termina por confirmar a hipótese de que não precisamos, portanto, dividi-los em duas categorias após a separação conjugal: a dos guardiães e as dos visitantes (BRITO, 2004, p. 364-365).

#### **4.4.1 Responsabilidade Civil dos pais em relação aos filhos menores na guarda compartilhada**

Interessante é o ponto de vista colocado por Caetano Lagrasta Neto, no que tange à imputação de responsabilidade:

Outra questão curiosa diz respeito à atribuição de responsabilidade por danos ocasionados pelo menor (acidente, atropelamento, morte), com base no artigo 1.521, do C. Civil. Deve entender-se que não basta a determinação legal; a guarda conjunta implica a responsabilidade jurídica de ambos os geni-

tores. Se ambos educam, se ambos possuem economia própria, evidente que ambos devem ser responsabilizados para saldar o prejuízo. Dizer que o pai (ou a mãe) é responsável, com exclusividade, por ter o menor saído com o veículo, mesmo não autorizado, não é suficiente para que todo o arcabouço de um acordo – que vinha funcionando – desabe. Há que distinguir da situação em que o menor é autorizado e, muitas vezes, incentivado, por um dos genitores, à prática de atos abusivos ou proibidos pela legislação: aqui, sim, cabe-lhe assumir integralmente a reparação civil (LAGRASTA NETO, 2000, p. 125-126).

Entretanto, em que pese o brilhante posicionamento doutrinário, em termos de responsabilidade civil, pelo fato e em razão de resultar em gravame à pessoa que deve suportá-la, não se pode entender que, na guarda compartilhada, pelo motivo de assim ser, se possa inferir daí a responsabilidade solidária de ambos.

A propósito, convém ressaltar que a primeira parte do artigo 928 do Código Civil, imputa ao menor subsidiariamente a responsabilidade pelo dever de reparar o dano, na hipótese de seus responsáveis não possuírem valores suficientes para tanto.

Conclui-se, então, que cada caso deve ser analisado de forma isolada sob pena de se cometer injustiça e contrariar a própria lei no que tange a solidariedade.

De fato, é sabido por todos os estudiosos da Responsabilidade Civil, que não se presume a solidariedade. Esta resulta da lei ou da vontade das partes. Com isto, quer se afirmar que, mesmo em se tratando de guarda compartilhada, não se pode negar ao outro cônjuge o inafastável direito de provar a culpa exclusiva de seu ex-consorte, o que vale dizer que, nesta modalidade de guarda, não significa, necessariamente, a responsabilidade conjunta de ambos. Mas, nada impede, até prova em contrário, que ambos têm o dever de indenizar.

Nos casos acima mencionados, torna-se difícil para a vítima saber da existência ou não de guarda compartilhada, ou de qualquer outra modalidade. No caso de dano a outrem, deve sempre prevalecer o ressarcimento do prejudicado, ou seja, primeiramente deve haver o reparo da vítima, para posterior análise do caso concreto e conclusão da responsabilidade dos pais.

É o que nos ensina também Ana Maria Milano Silva:

Todavia, voltando ao cerne da responsabilidade civil, as peculiaridades de cada caso devem ser observadas, como alude Rui Celso Reali Fragoso ao afirmar: “Nada impede, todavia, a responsabilização de ambos, nas hipóteses de guarda conjunta, ou a imputação de culpa ao outro genitor, quando o fato danoso ocorre durante o exercício do direito de visitas (fins de semana alternados, férias etc.)” (SILVA, 2005, p. 131).



Em se tratando de guarda única, a regra é diferente por uma série de razões que aqui poderiam ser elencadas, mas que ficam bastosas e suficientes com a clara dicção e comando, previstos no inciso I do artigo 932 do Código Civil.

Dito em outras palavras, na modalidade tradicional de guarda, em princípio, a responsabilidade cabe àquele que o tem em sua autoridade e companhia no momento da ocorrência do evento danoso, englobando tais expressões um conteúdo muito maior do que simplesmente morar sob o mesmo teto. Não se deve fazer uma interpretação apenas literal.

A autoridade se estende até a companhia; esta está inserida naquela. Tais expressões estão presentes mesmo quando não há a presença física do genitor guardião. Estando suspensa apenas no momento em que estiver sob a companhia do outro genitor não-guardião.

Não obstante tudo o que foi examinado, não se pode deixar de mencionar que o atual Código Civil, em seu artigo 933, objetivamente, imputa aos pais a responsabilidade pelos atos lesivos a terceiros causados por seus filhos, especialmente se ainda estiverem sob sua guarda e responsabilidade.

Sendo uma guarda tradicional, e o menor estiver com aquele que possui a guarda, este responderá, objetivamente; bastando a vítima provar o nexo de causalidade entre o dano sofrido e o agente que o praticou.

No passado, falava-se que o representante legal respondia por culpa *in vigilando*.

Se for compartilhada, poderá ser solidária, ou, então, responde aquele que estava na companhia do menor.

Não sendo os cônjuges separados, não há dúvida, a responsabilidade é solidária. Destaca-se, ainda, já à primeira vista, que a guarda compartilhada possui dois aspectos: um físico, ou também conhecido como material, e outro jurídico. O primeiro significa ter um dos genitores o filho consigo; o segundo já pertence a ambos, e diz respeito ao exercício dos pais de todos os poderes-deveres que fazem parte do poder familiar.

## 5 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO MODELO

Como dito sucintamente em linhas anteriores, a guarda compartilhada não é prevista em nosso ordenamento jurídico. Desta forma, conclui-se que certamente tal assunto necessita de melhor abordagem, quer da doutrina ou da jurisprudência.

Por isso, é uma modalidade de guarda ainda desconhecida pela grande maioria das pessoas.

Nesse entendimento, caminha Waldyr Grisard:

Embora inexistir norma expressa nem seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso Direito, como o único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com vantagens, à guarda uniparental, que frustra a adequada convivência do filho com o pai ou a mãe não-guardião, desatendendo às necessidades do menor, que não dispensa a presença, permanente, conjunta, ininterrupta, de ambos os genitores em sua formação para a vida. A função paternal, nas diversas fases do desenvolvimento dos filhos, não é descartável (GRISARD FILHO, 2002, p. 143).

De conseguinte, a tendência normal especialmente aos juízes que atuam no Direito de Família e o Ministério Público é aconselhar a que as partes, tanto quanto e na medida do possível, optem por este sistema até que seja disciplinado legalmente.

Esta é a razão pela qual, ao menos durante o período de ausência de lei sobre a matéria, que o juiz deve nortear-se por regras principiológicas voltadas para o melhor benefício da criança e harmonia entre os separandos.

Dessa forma, continua Waldyr Grissard:

Dos vários dispositivos legais pontuados, foi possível anotar que, antes de impedir, nosso Direito favorece a modalidade de guarda compartilhada, reafirmando a discricionariedade do juiz nessa matéria (GRISARD FILHO, 2002, p. 145).

Porém, este modelo não possui só vantagens, pois como tudo na vida, existe um lado bom e outro ruim. Com a guarda conjunta, não é diferente. Alguns autores, e até mesmo psicólogos, apontam problemas que podem servir de obstáculo para o uso da modalidade conjunta.

Deve-se ter todo cuidado, zelo, pois se trata da vida de um menor: “crianças não são objetos de experiências laboratoriais de psicólogos, advogados, assistentes sociais e juízes” (BRANDÃO, 2002, p. 81).

Como preleciona Claudete Carvalho Canezin,

Para que o exercício da guarda compartilhada possa funcionar, importa que os pais revelem capacidade de cooperação e de educar, em conjunto, o filho menor, esquecendo todos os conflitos interpessoais, já que somente é possível

o exercício desse modelo quando existe, entre os genitores, uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, sem disputa e nem conflito (CANEZIN, 2005, p.14).

E continua:

Existem algumas contradições quanto à adoção da guarda compartilhada: a primeira refere-se à violência doméstica, quer seja comprovada ou que se tenha indícios significativos de que um dos genitores praticou qualquer ato de violência contra o outro ou contra um dos filhos. Outra contra-indicação da guarda compartilhada refere-se ao caso de separação conjugal litigiosa, em que há mágoas e ressentimentos, dificultando, assim, que o ex-casal mantenha um relacionamento livre de conflitos (CANEZIN, 2005, p. 13-14).

Outra questão desfavorável seria quando o infante possui tenra idade, vez que nesta condição ele necessita mais do lado materno, até mesmo por uma questão de aleitamento. Torna-se complexo para ela entender estar ora com o pai, ora com a mãe, ressaltando a suma importância no constante papel da mãe no início da vida do rebento, que aumenta na medida inversa de sua idade.

Débora Brandão, em um artigo publicado na Revista Imes, destaca:

Os argumentos contrários ao exercício da guarda compartilhada também são sensíveis. São eles: apresentação de sinais de insegurança pela criança; a exploração, normalmente, da mulher quando a guarda compartilhada é usada como meio para negociar valores menores de pensão alimentícia; necessidade de constante adaptação por parte dos pais e dos filhos; a necessidade dos genitores de terem um emprego com horário flexível para o atendimento da prole (BRANDÃO, 2002, p. 78).

Com muita propriedade, destaca Waldyr Grissard:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas (GRISARD FILHO, 2002, p. 177).

Conclui-se que a modalidade conjunta não é a solução para todas as hipóteses de guarda de filhos. Ela deve ser usada da forma correta, aplicada em famílias que

possuem pais que se respeitem e que, acima de tudo, zelem pelo bem-estar de sua prole, pais esses que sejam capazes de esquecer todas as desavenças do passado, para se preocuparem com um futuro sadio para seus filhos.

Tal guarda não obterá êxito se houver constantes antagonismos, egoísmo e mágoas, e principalmente a ausência de uma boa educação. Nesses casos, é melhor que se aplique a guarda tradicional, pois o menor não pode ser objeto de rixas, e alvo de discussões.

No que tange às vantagens, algumas delas já foram citadas no decorrer do trabalho, mas se pode aqui dar mais ênfase a esse ponto.

É sabido que na guarda conjunta, há participação dos pais nas decisões importantes a serem tomadas em relação ao filho, no que diz respeito à educação, saúde, religião, línguas, esportes, entre outros. Há, também, outras prioridades como: a alternância de residência, tendo o menor a liberdade de escolha. Quando há coincidência de os ex-cônjuges residirem perto um do outro, o filho, poderá sem maiores discussões ou desacordos ir e vir de uma casa para outra, dentre outras prerrogativas.

Como dispõe Raquel Alcântara de Alencar,

As vantagens da guarda compartilhada são maiores que as desvantagens, basicamente em função de uma melhora na auto-estima do filho, melhora no rendimento escolar enquanto que na guarda monoparental decai), diminuição do sentimento de tristeza, frustração, rejeição e do medo de abandono, já que permite o acesso sem dificuldade a ambos os pais. Também ajuda na inserção da nova vida familiar de cada um dos genitores, além de ter uma convivência igualitária. Não são muitas as desvantagens neste tipo de guarda. Cabe lembrar que, através de informações fornecidas por psicólogas da teoria sistêmica, puderam constatar em seus consultórios no atendimento dos filhos (crianças e adolescentes) que o maior sintoma é a falta dos pais, o medo do abandono, as consequências de uma separação seja consensual ou litigiosa. Na guarda compartilhada o filho não perde o vínculo com os pais, permanecendo certo tempo com o pai e outro período com a mãe (site do IBDFAM dez./03) (ALENCAR, 2003).

Um ponto importante que devemos destacar é que os pais podem requerer ao juiz a concessão da guarda compartilhada, e este observará se é pertinente a implantação da modalidade no caso telado. Porém, muitos ex-cônjuges nem sequer sabem do surgimento deste tipo de guarda, pois não devemos esquecer que vivemos em um país subdesenvolvido, onde a educação e, principalmente, as condições financeiras são escassas, não obtendo a população, muitas vezes, as informações necessárias.

Assim, partindo-se, desta premissa, é conveniente a iniciativa do magistrado para propor aos pais a guarda compartilhada.

Portanto, tal modalidade, desde que aplicada corretamente, pode se tornar uma importante aliada na consolidação da sociedade familiar. O seu uso, de forma irresponsável e aleatória, pode levar ao descrédito do instituto perante a sociedade, o que seria lastimável.

Importante também a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

A “guarda compartilhada” apresenta-se como uma solução viável e possível; embora a criança tenha uma residência principal, fica a critério dos progenitores planejar a convivência em suas rotinas quotidianas. A intervenção do Juiz será apenas com o objetivo de homologar as condições pactuadas, ouvindo o Ministério Público. Conscientes de suas responsabilidades quanto ao desenvolvimento dos filhos, esta forma de guarda incentiva o contínuo acompanhamento de suas vidas. O fator determinante para se garantir a guarda aos pais deve estar na habilidade de se colocar o interesse da criança acima dos próprios objetivos pessoais.

Embora não tenhamos no Brasil qualquer texto legal regulamentando este tipo de Guarda, o art. 1.583 abre um espaço para este tipo de acordo ao estabelecer que “no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos”. Deixa-se aos pais a prerrogativa de fixar um sistema de conveniência apropriado aos seus hábitos familiares (PEREIRA, 2004, p. 428).

Com todo o exposto, o ponto de conclusão a que se chega é o de que ser a guarda compartilhada vantajosa ou desvantajosa é algo que envolve, principalmente, o caráter subjetivo, sem que seja possível afastar o elemento objetivo, material ou concreto da realidade econômico-social da família. Só depende da compreensão dos pais para que não torne abismal a separação judicial, com irreparáveis prejuízos aos filhos, até porque não pediram para vir a este mundo, e não podemos culpá-los pela má educação que lhes foi dada.

## 6 CONCLUSÃO

O Direito de Família, tendo em vista que cuida e disciplina a célula *mater* da sociedade; portanto, o núcleo de qualquer Estado, está sujeito a constantes modificações segundo os reflexos dos fatos resultantes da família. Mesmo porque, o fato faz

o direito e não o contrário. Demais disso, sofre constantes influências de natureza religiosa e ética.

Queremos dizer que o Direito de Família é a parte do Direito mais afeto e afeito às modificações, tanto que é forte a corrente doutrinária no sentido de que se deveria editar um Código de Família.

Como exemplos, podemos citar o Estatuto da Criança, o Estatuto do Idoso, a Lei de Alimentos, A Lei do Divórcio e Separação, verdadeiros microssistemas jurídicos, tantas são as modificações constantes que a vida em seu curso apresentam.

A guarda conjunta teve origem devido à busca de igualdade entre homens e mulheres, em seus respectivos papéis, quais sejam, os de pai e mãe.

É certo que, em princípio, pode até parecer ser platônica a idéia de guarda compartilhada, porquanto, a maioria das separações resulta entre as partes uma divisão abissal, quase que insuperável.

Esta, talvez, seja o maior fundamento para a constituição da guarda tradicional, vez que as partes, anteriormente consorciadas, após a fissura, ou são inimigas ou não se toleram, raramente mantêm a amizade em plano civilizado.

Infelizmente, é da cultura do povo sul-americano, a formação do estado de beligerância entre os separandos, porque costumamos mais enfatizar o interesse econômico colocando-o acima dos interesses pessoais e familiares.

O atual Código Civil, em louvável salto para frente, deixa entrever, de forma clara, a ausência do elemento culpa como fundamento da separação judicial. Dito em outras palavras, vem ganhando foro entre nós a separação sem culpa.

Disso resulta que, afastando-nos dessa herança atávica, ou seja, descentralizar a separação no elemento culpa, as partes começam a divisar outras realidades até então impensáveis.

É preciso, ainda, para que se atinjam os objetivos desta modalidade de guarda, a inestimável colaboração de juízes e membros do Ministério Público, os quais devem mostrar-se irmanados com esses mesmos ideais, deixando de lado questões meramente técnicas e de ordem formais, tanto que este trabalho enfatizou a questão fora desse contexto.

Entre nós, embora ainda não codificada, a guarda conjunta deixou de ser apenas uma ideologia, mas uma realidade, visto que não só os pais se tornam beneficiários dela, mas e, principalmente, os filhos que não experimentam e nem sofrem radicalmente, os efeitos deletérios da separação entre os cônjuges.

Não se nega que esta modalidade de guarda, em determinadas situações, pode ser até mesmo desvantajosa, tal como demonstrado enfaticamente em páginas deste trabalho. E que aqui se torna dispensável repetir.

Não é menos verdade, porém, que a tendência do mundo moderno é a sua aceitação, porquanto os resultados positivos superam, em muito, os negativos.

Nesta vida, o mais importante é lançarmos uma semente, ainda que a curto prazo ela não frutifique.

Assim ocorreu com a guarda conjunta, a qual, diante dos sopros constitucionais, da visão humanística que a nossa Carta Política contextualizou, desabrochou nesta ambiência a semente da guarda compartilhada, sustentada e fortificada pelas regras do direito alienígena, especialmente do Canadá e Portugal. Propiciou-nos um grande passo e avanço para o fim de mitigar a ruptura da sociedade conjugal, de maneira que, entre os consortes, não prevaleça o desamor, com reflexos na prole.

É exatamente isto, dentre outros argumentos, que este trabalho procura exponenciar, demonstrando sua viabilidade jurídica ainda que não prevista, como se disse, em texto legal, mas nada impede que, em juízo, tais objetivos possam ser concretizados, daí porque se disse anteriormente da imprescindível participação de juízes e promotores.

Não nos esqueçamos de que, se é certa a existência de ex-cônjuge, o mesmo não se pode falar em relação ao filho, porque não existe ex-filho. Com isso, quer se dizer que a guarda compartilhada traz novas colorações e paramentos ao contexto familiar.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Raquel Alcântara de. *Aspectos destacados na guarda compartilhada*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>> Acesso em 03 dez. 2003

BAPTISTA, Silvio Neves. A família na travessia do milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família* - Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM e União OAB-MG (Editora), 2000.

BRANSÃO, Débora. Guarda Compartilhada: só depende de nós. *Revista IMES*, ano II - n. 5 - julho/dezembro 2002.

BRITO, Leila Maria Torraca de. *Anais - IV Congresso Brasileiro de Direito de Família* - Gustavo Tepedino. Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *Família e cidadania - O novo CCB e a Vacatio Legis*. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM - União OAB-MG, 2002.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda Compartilhada em Oposição à Guarda Unilateral. *Revista Brasileira de Direito de família* - RBDF - nº 28.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. 6 v.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada* - Um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de família* - A família brasileira no final do século XX. São Paulo: Malheiros, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado* - Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 5 v.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil* - Direito de Família e das Sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 5 v.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de família e o novo código civil*. Coordenadores: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MOTTA, Maria Antonieta Pissano; CLEMENTE, Maria Luzia; SILVA, Vilma Regina da. *Direito de família e ciências humanas*. Caderno de estudo nº 03 - Ed. Jurídica Brasileira.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 5 v.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil* - Direito de Família - Silvio Rodrigues. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 6 v.

SALLES, Karen ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda compartilhada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda compartilhada*. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A Introdução e o Impacto em Portugal da Guarda Conjunta após o Divórcio. *Revista Brasileira de Direito de Família* - n.8 - Jan-fev-mar/2001.